

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5007232-52.2012.404.7002/PR

RELATOR : JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : AMAURI LUCAS DE ALMEIDA
PROCURADOR : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO (DPU)
DPU074

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. MOTORISTA DE ÔNIBUS DE EXCURSÃO. RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. CIÊNCIA ACERCA DA CONDUTA DELITIVA PERPETRADA POR TERCEIROS. ACOBERTAMENTO DA ATIVIDADE ILÍCITA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES, ASSIM COMO CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, II E III, E § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL PROVIDA.

1. Tipificada a conduta ilícita como descaminho, a concretização da tipificação penal e a consumação do delito ocorrem no momento da entrada ou saída da mercadoria descaminhada no território nacional.

2. Materialidade do fato comprovada pelos documentos elaborados e lavrados pela autoridade competente e responsável pela diligência fiscalizatória por ocasião da apreensão das mercadorias.

3. Em caso de prática de descaminho por passageiros de ônibus de excursão, o motorista do veículo pode ser responsabilizado criminalmente se contribuir para a consecução do ilícito, acobertando a conduta de terceiros.

4. Constitui obrigação do motorista, como preposto da empresa, efetuar a identificação de cada bagagem, em caso contrário, adere à conduta ilícita perpetrada por terceiros, incorrendo na hipótese do art. 29, *caput*, do Código Penal

5. *'A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.'* (HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, rel. Min. Rosa Weber, um., j. 10/4/2012, DJe-091, 09/5/2012).

6. Para fixar a pena-base, deve o julgador tomar em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal, pautando-se sua fixação principalmente na censurabilidade da conduta, consoante doutrina de Zaffaroni e Pierangeli.

7. Fixada a pena-base em 01 (um) ano de reclusão, será essa a pena definitiva, haja vista a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, assim como causas de aumento e diminuição.

8. Preenchidos os requisitos dos incisos I, II e III do art. 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na forma do § 2º do citado dispositivo legal.

9. Fixada a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo de duração da pena corporal.

10. Apelação criminal provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar provimento à apelação criminal, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 04 de dezembro de 2013.

Juiz Federal João Pedro Gebran Neto
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra AMAURI LUCAS DE ALMEIDA, nascido em **29/09/1959**, pela prática da conduta tipificada no art. 334, *caput*, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal.

Assim narrou a denúncia:

'Consta nos autos que, no dia 24 de setembro de 2006, por volta das 23:00h, no Posto Fiscal Bom Jesus, situado na BR-277, em Medianeira/PR, servidores públicos federais abordaram o veículo tipo ônibus, Marca Scania, modelo K113CL, de placas BDT-6768, conduzido pelo ora denunciado AMAURI LUCAS DE ALMEIDA.

Ato contínuo, ao efetuarem fiscalização de rotina, encontraram grande quantidade de mercadorias de origem estrangeira, desacompanhadas de documentação comprobatória de

importação regular, as quais foram apreendidas conforme termo de retenção e lacração de veículos de fl. 20.

Ao longo da investigação policial, logrou-se apurar que o acusado fazia desta atividade o seu *modus vivendi*, dirigindo, segundo ele, semanalmente, ônibus de excursões destinadas exclusivamente a realizar compras no Paraguai com burla aos tributos devidos (declarações de fls. 77/78).

Ainda de acordo com as declarações do suposto proprietário do veículo, Francisco das Chagas Souza de Azevedo (fls. 71/72), ele teria entregado a posse do ônibus em questão ao denunciado, cujo apelido é 'Dentinho', e outra pessoa de nome Houstom, conhecido como 'Tom', efetuando, para tanto, um contrato verbal. Anota-se que o acusado reconheceu ser conhecido como 'Dentinho' em sede policial (declarações de fls. 77/78).

Assim, verifica-se que o acusado não era apenas um motorista eventual deste veículo, possuindo também parte de sua posse. Salienta-se ser prática rotineira de pessoas envolvidas com contrabando/descaminho possuir veículos nesta situação irregular visando confundir as Autoridades acerca de suas atividades criminosas e dificultar, conseqüentemente, eventual punição estatal, tanto no âmbito penal quanto fiscal.

Destarte, a materialidade e indícios de autoria do delito de descaminho encontram-se devidamente demonstrados por meio dos seguintes elementos: **representação fiscal para fins penais** (fls. 04/07); **auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal** (fl. 08); **termo de discriminação das mercadorias** (fls. 10/19); **termo de retenção e lacração de veículos** (fl. 20), lavrado em nome do acusado; **demonstrativo dos créditos tributários evadidos** (fls. 58/59), que revela o montante de tributos iludidos no valor de R\$ 67.161,82 (sessenta e sete mil, cento e sessenta e um reais e oitenta e dois centavos); **declarações** (fls. 71/79).

Ante o exposto, verifica-se que **AMAURI LUCAS DE ALMEIDA**, de forma livre e consciente, na condição de coautor, contribuiu com a introdução de grande quantidade de mercadorias estrangeiras no País sem o pagamento dos tributos devidos.

Assim agindo, **AMAURI LUCAS DE ALMEIDA** incorreu nas sanções do artigo 334, caput, c/c artigo 29, todos do Código Penal, pelo que se requer, após a autuação e recebimento desta inicial, seja ele citado para responder ao devido processo penal, até final julgamento.

Contudo, proponho, preliminarmente, em sendo atendidos os requisitos legais, a suspensão do processo, por dois anos, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.'

A denúncia foi recebida em **06/05/2010** (Evento 1 - RECDEN2 da Ação Penal).

Processado o feito a juíza proferiu sentença de absolvição (Evento 23), com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal, entendendo não ter ficado demonstrada a autoria delitiva em relação ao réu, motorista do veículo quando da internalização das mercadorias em solo brasileiro.

O Ministério Público Federal apelou (Evento 30) sustentando, em síntese: **(1)** haver provas acerca da autoria, figurando o réu como coautor (art. 29 do Código Penal); **(2)** o réu foi preso em flagrante transportando as mercadorias, e faz dessa atividade seu *modus vivendi*, conduzindo ônibus semanalmente para excursões com objetivo de realizar compras no Paraguai com burla dos tributos

devidos; **(3)** o suposto proprietário do veículo declarou ter entregado a posse do ônibus a terceiro e ao réu, não podendo este ser considerado apenas motorista do veículo. Entendendo estar comprovada a responsabilidade do réu pelo crime em análise, postulou o MPF seja dado provimento ao recurso para condená-lo pela prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal.

Intimado, o réu apresentou contrarrazões pelas quais alegou serem infundadas as razões recursais apresentadas, entendendo ter ficado demonstrado na instrução criminal que ele trabalhava apenas como motorista, havendo mais de 30 (trinta) pessoas no interior do veículo no momento da abordagem. Além disso, afirmou não haverem motivos para reforma da sentença, razão pela qual postulou seja julgado improcedente o recurso interposto.

O *Parquet* Federal apresentou parecer na condição de *custus legis*, opinando pelo provimento da apelação.

É o relatório. À revisão.

Juiz Federal João Pedro Gebran Neto
Relator

VOTO

1. Materialidade e autoria

É orientação pacífica da jurisprudência deste Tribunal, que nos crimes de contrabando e/ou descaminho a materialidade do fato e a autoria são comprovadas, via de regra, com documentos elaborados e lavrados pela autoridade competente e responsável pela diligência fiscalizatória por ocasião da apreensão das mercadorias (Receita Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícias Federal, Civil ou Militar, etc.), assim como o Auto de Apresentação e Apreensão, que servirá de lastro para a instauração do Inquérito Policial e para o ajuizamento da respectiva ação penal, onde se acrescerão as demais provas que se revelem necessárias.

Nesse sentido, os seguintes precedentes da Oitava Turma desta Corte: ACR nº 5003293-35.2010.404.7002, OITAVA TURMA, Rel. PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 21/06/2013; ACR nº 5000414-94.2011.404.7010, OITAVA TURMA, Relator p/ Acórdão VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, D.E. 29/04/2013.

2. Da Tipicidade

2.1. Os crimes de contrabando e descaminho encontram previsão no art. 334 do Código Penal, que dispõe:

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem: (...)

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

2.2. Em que pese integrarem o dispositivo legal, é sabido que o descaminho e o contrabando trazem sensível diferenciação. Enquanto que no primeiro o delito se configura com a importação ou exportação de mercadoria lícita, mas sem o recolhimento do devido tributo, no segundo, não sequer se há de falar em ilusão tributária, porquanto se está a desautorizar a internalização em território nacional de produto não permitido, ou seja, inexistente tributo a ser recolhido.

2.3. A consumação do delito se dá no momento da entrada ou saída da mercadoria no território nacional. No caso em análise trata-se de crime instantâneo, de modo que a mera entrada, ou saída, dos produtos no território nacional desacompanhados da documentação que comprove a regularidade da importação/exportação, configura o crime de descaminho, sendo desnecessária a prévia constituição do crédito tributário, tendo em vista que as esferas penal e administrativa não se confundem.

Assim vêm decidindo esta Casa e o Supremo Tribunal Federal, segundo os seguintes julgados: TRF4, ACR 5000339-16.2010.404.7002, Sétima Turma, Rel. ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, D. E. 04/06/2013; TRF4, ACR 5009660-41.2011.404.7002, Sétima Turma, Rel. p/ Acórdão ARTUR CÉSAR DE SOUZA, D. E. 03/04/2013; e STF, HC nº 99740, Segunda Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, julgado em 23/11/2010, publicado em 01/02/2011.

3. Da sentença recorrida

Ao proferir a sentença absolvendo o réu AMAURI LUCAS DE ALMEIDA, a juíza entendeu não haver prova de ter ele concorrido para a infração penal, manifestando-se nos seguintes termos:

'(...)

2.2. Autoria

A autoria dos fatos narrados na denúncia foi dirigida ao acusado em virtude dele ser o **motorista do ônibus** em cujo interior foram encontradas mercadorias descaminhadas. Referido veículo foi fiscalizado por servidores públicos, nas proximidades do Posto Fiscal Bom Jesus, no município de Medianeira/PR, em 24/09/2006.

Ocorre que, no Direito Penal, ao contrário do que ocorre no procedimento fiscal, não há presunção de que o **motorista do veículo** em que foram encontradas mercadorias irregulares seja o titular dessas mercadorias. Uma coisa é **estender a ação fiscal ao transportador**, outra distinta é fazer essa extensão gerar consequências penais. Como cediço, não há **responsabilidade objetiva no Direito Penal**.

Conforme se verifica nos documentos lavrados por ocasião da apreensão, o motorista recusou-se a assinar o 'Termo de Retenção e Lacração do Veículos' (evento 01, inq6).

Tanto em sede policial (evento 01, inq6) quanto em juízo (evento 06), o acusado disse que as mercadorias pertenciam aos passageiros do veículo.

O Auto de Infração sequer foi lavrado pela Receita Federal em nome do réu, mas sim da empresa proprietária do ônibus, Colombo Viagens e Turismo Ltda ME.

Ademais, ao que tudo indica, o transporte era de passageiros, não de carga.

Por outro lado, não há na denúncia, nem no respectivo procedimento administrativo, qualquer elemento que aponte que o acusado estivesse de conluio com os proprietários das mercadorias na prática da conduta criminosa. Seria preciso demonstrar o real liame subjetivo dele com a prática delituosa, não bastando mera conjectura.

A extensão da responsabilidade criminal, nestes casos, exige elementos que sugiram a adesão de vontades, baseada em circunstâncias comuns que sinalizem para o conluio.

Ainda que o proprietário veículo tenha dito em sede policial (evento 01, inq6) que fez um contrato verbal com dois indivíduos, sendo que um deles seria o réu (**Amauri** reconheceu em seu depoimento perante a autoridade policial que seu apelido era o mesmo informado pelo suposto dono do ônibus - 'Dentinho'), referidas declarações devem ser relativizadas, uma vez que ao depoente em comento interessaria que eventual responsabilidade não lhe fosse atribuída.

Em suma, os elementos existentes no presente feito não são suficientes para a prolação de um decreto condenatório.

Mesmo sendo de conhecimento do acusado o destino e a finalidade da rota, isso não é suficiente, por si só, para lhe atribuir responsabilidade criminal pelo transporte ou a propriedade das referidas mercadorias.

Ademais, registro que seria importante saber quais mercadorias eram transportadas por cada passageiro, já que a conduta do acusado seria de auxílio a tais passageiros e, portanto, acessória. Assim, não se poderia atribuir ao denunciado a totalidade das mercadorias, sem conhecer a conduta dos passageiros responsáveis, a fim de se averiguar, inclusive, eventual incidência do princípio da insignificância. Do contrário, é possível que se incorra no equívoco de responsabilizar criminalmente pessoa que se limitou a participar de fatos penalmente irrelevantes no que tange aos seus autores.

Deste modo, verifico que a **autoria delitiva** não restou demonstrada, razão pela qual o denunciado merece ser **absolvido**.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **julgo IMPROCEDENTE** o pedido feito pelo Ministério Público Federal para o efeito de **ABSOLVER** o réu **AMAURI LUCAS DE ALMEIDA** da prática do crime previsto no **artigo 334 do Código Penal**, o que faço com fundamento no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

(...)'

4. Da responsabilização do motorista de ônibus de excursão em casos de descaminho

4.1. Em regra, o motorista de ônibus de excursão será responsabilizado, em casos de descaminho, se restar comprovada a sua participação, de alguma forma, na atividade delituosa, inclusive acobertando o ilícito praticado por terceiros. Não sendo presumível a autoria apenas com a presença de mercadorias irregularmente internalizadas no interior do veículo, para responsabilização do motorista deve estar provado ao menos se ele tinha ou não conhecimento acerca do delito cometido por terceiros. Nesse sentido: ACR nº 5001689-39.2010.404.7002/PR, SÉTIMA TURMA, Rel. JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, julg. 06/08/2013, publ. D.E. 07/08/2013; ACR nº 0002583-76.2005.404.7002/PR, SÉTIMA TURMA, Rel. LUIZ CARLOS CANALLI, julg. 16/07/2013, publ. D.E. 25/07/2013; ACR nº 5000574-71.2010.404.7005/PR, OITAVA TURMA, Rel. VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, julg. 12/06/2013, publ. D.E. 18/06/2013)

4.2. Nos casos de contratação de empresa de turismo, é de se verificar, também, se o motorista tomou o cuidado de identificar as bagagens, pois isso constitui atividade inerente ao seu ofício, segundo determinação constante no art. 74 da Lei nº 10.833/2003, a seguir reproduzido:

'Art. 74 . O transportador de passageiros, em viagem internacional, ou que transite por zona de vigilância aduaneira, fica obrigado a identificar os volumes transportados como bagagem em compartimento isolado dos viajantes, e seus respectivos proprietários.

§ 1º No caso de transporte terrestre de passageiros, a identificação referida no caput também se aplica aos volumes portados pelos passageiros no interior do veículo.

§ 2º As mercadorias transportadas no compartimento comum de bagagens ou de carga do veículo, que não constituam bagagem identificada dos passageiros, devem estar acompanhadas do respectivo conhecimento de transporte.

§ 3º Presume-se de propriedade do transportador, para efeitos fiscais, a mercadoria transportada sem a identificação do respectivo proprietário, na forma estabelecida no caput ou nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 4º Compete à Secretaria da Receita Federal disciplinar os procedimentos necessários para fins de cumprimento do previsto neste artigo.'

Nesse sentido, também, as disposições constantes na Instrução Normativa nº 366 /2003 da Secretaria da Receita Federal (art. 2º) e na Resolução ANTT nº 1.432, de 26/04/2006 (arts. 9º e 10º), as quais assim prevêm:

IN-SRFB-nº 366/2003

'Art. 2º Os transportadores de passageiros deverão obrigatoriamente manter controles de identificação de bagagens transportadas nos bagageiros, das bagagens de mão e dos volumes transportados no porta-embrulhos, bem assim de sua vinculação com os respectivos proprietários nos termos do disposto no Título X do Anexo à Resolução ANTT nº 18, de 23 de maio de 2002. § 1º A identificação dos volumes transportados nos portaembrulhos não será dispensada em nenhuma hipótese. § 2º A identificação referida no caput deverá ser promovida antes do início da viagem, durante o embarque dos passageiros, e deverá permanecer disponível para a fiscalização durante todo o seu trajeto.'

Res. ANTT nº 1.432/2006

'Art. 9º. As empresas permissionárias de serviços regulares e autorizadas de serviços especiais e de serviços internacionais de temporada turística, obrigatoriamente, devem manter controles de identificação das bagagens despachadas nos bagageiros e de sua vinculação a seus proprietários.

Parágrafo único. No caso dos serviços interestaduais e internacionais que transitam em zona de vigilância aduaneira, a obrigação citada no caput é estendida aos volumes que estão sob a responsabilidade dos passageiros e transportados nos porta-embrulhos.'

4.3. Constituindo obrigação do motorista, como preposto da empresa, efetuar a identificação de cada bagagem, no caso de não respeitar as normas de exigência, adere à conduta ilícita perpetrada por terceiros, incorrendo na hipótese do art. 29, *caput*, do Código Penal:

'Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.'

Ressalte-se, este Relator não está afirmando haver responsabilidade objetiva do motorista nem desprezando a regra geral, que afasta a punibilidade em relação a este por não haver presunção sobre seu conhecimento acerca do descaminho praticado.

5. Alegações do apelante

O Ministério Público Federal sustentou, em síntese: **(1)** as provas carreadas aos autos demonstram ter figurado o réu como coautor; **(2)** o réu foi preso em flagrante transportando as mercadorias, fazendo dessa atividade seu *modus vivendi*, pois conduzia ônibus semanalmente para excursões com objetivo de realizar compras no Paraguai com burla dos tributos devidos; e **(3)** o suposto proprietário do veículo declarou ter entregado a posse do ônibus ao réu e a terceiro, não podendo o réu ser considerado apenas motorista do veículo, pois contribuiu para a prática do crime.

5.1. Do exame do conjunto probatório carreado, em especial o depoimento do réu em juízo (Evento 6 - VÍDEO2, da ação penal), conclui-se que ele tinha ciência do objetivo dos passageiros com a viagem à cidade de Foz do Iguaçu/PR, qual seja, fazer compras de produtos de origem estrangeira. Em suas declarações, afirmou ser sabedor das compras, mas não tinha '*autoridade*' para examinar as bagagens, entendendo constituir tarefa da fiscalização.

Os dispositivos normativos antes reproduzidos no item '**4.2.**', não obrigam o motorista a examinar as bagagens dos passageiros, mas sim a efetuar a identificação dos volumes. Assim, embora a simples condição de motorista do veículo utilizado no transporte de passageiros em viagem de compras, via de regra, não constitua prova cabal da prática do ilícito de descaminho, ao não efetuar a identificação das bagagens o réu anuiu com a ilicitude praticada por terceiros, afastando a regra geral, e em razão das peculiaridades encerradas impõe-se a sua responsabilização criminal.

5.2. No caso em análise o acusado afirmou em Juízo ter agido apenas como motorista do ônibus, desconhecendo a quantidade das mercadorias transportadas, e não ter autoridade para examinar os conteúdos das bagagens.

O álibi é pouco provável, pois o veículo era conduzido pelo réu que tinha a obrigação, por força de sua função, de efetuar a identificação das bagagens, embora não fosse obrigado a examinar os volumes.

De todo modo, mesmo que o álibi fosse verdadeiro, não favoreceria o acusado.

5.3. No mínimo, o acusado teria agido com dolo eventual, assumindo o risco de produção do resultado delitivo, já que haviam diversos indicativos de que estaria transportando produtos ilegais e ainda assim optou por persistir no curso da atividade delitiva e por não aprofundar seu conhecimento sobre o que estaria transportando e se a quantidade não extrapolava a cota permitida.

Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal).

Absolutamente pertinentes aqui as construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*).

Alguns apontam como precedente remoto da doutrina sentença inglesa de 1861 no caso Regina v. Sleep. No Direito norte-americano, o *leading case* da Suprema Corte norte-americano é apontado como sendo Spurr v. US, 174 US 728 (1899). A partir da década de 70 do século XX, a doutrina passou a ser utilizada em casos de tráfico de drogas, particularmente em casos nos quais o acusado negava conhecimento da natureza da droga que transportava. Dois casos

são apontados como precedentes desta tendência, *Turner v. United States*, 396 U.S. 398 (1970), da Suprema Corte, e *United States, v. Jewell*, 532 F.2d 697, 70 (1976), da 9.^a Corte de Apelações Federais.

No caso *Jewell*, no qual o acusado havia transportado 110 libras de maconha do México para os Estados Unidos e em um compartimento secreto de seu carro, a Corte entendeu que a alegação dele, de que não sabia exatamente a natureza do que transportava escondido, não eliminava a sua responsabilidade criminal, pois ele teria agido com propósito consciente de evitar conhecer a natureza do produto que transportava.

É importante destacar que 'ignorância deliberada' não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue, pelo menos do ponto de vista probatório, entre o dolo eventual e a culpa consciente .

A *willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas para diversos crimes, não só para o transporte de substâncias ou produtos ilícitos, mas igualmente para o crime de lavagem de dinheiro. Em regra, exige-se: a) que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que pratica ou participa de atividade criminal; b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; e c) que o agente tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade, mas deliberadamente escolha permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos.

5.4. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da common law, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Ilustrativamente, na STS 420/2003, o caso envolvia acusada que havia aceitado, a pedido de terceiro e por setenta mil pesetas, levar flores a um cemitério e nas quais estavam escondidas bolsas contendo cerca de um quilo de heroína e cocaína. Segundo o STE:

'es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar -- STS 946/02 de 22 de Mayo, y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas--.'

Na STS 33/2005, a doutrina foi invocada em caso de lavagem de dinheiro, sendo na ocasião assimilada a ignorância deliberada ao dolo eventual :

'(...) quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en

SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.'

Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Embora utilizados mais amplamente no Direito Comparado para lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, plenamente pertinentes para delitos de contrabando e descaminho, quando o responsável pela introdução dos produtos ilícitos em território nacional afirma ignorância e indiferença em relação ao objeto transportado.

Evidenciado que o acusado assumiu o risco de transportar as mercadorias sem o cuidado de fazer a identificação das bagagens, sua obrigação legal por força da função, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual a crer-se em seu *álibi*.

Assim, como no caso dos autos o denunciado tinha ciência da internalização de mercadorias estrangeiras sem a devida documentação comprobatória de sua regular importação, concorreu para a consecução da prática delituosa, não podendo ser afastada a sua responsabilidade criminal.

5.5. Sustentou o Ministério Público Federal, também, ter sido preso em flagrante o réu, fazendo do transporte de mercadorias do Paraguai seu *modus vivendi*.

De se notar, o réu afirmou não adotar mais essa atividade, efetuando a última viagem em 24 de setembro de 2006, quando ocorreu a apreensão originária do presente feito.

Por outro lado, o apelante não logrou provar a reiteração da conduta a ponto de ser considerada um *modus vivendi*, não podendo ser acolhida a tese do apelante.

5.6. Por fim, é despiciendo examinar a alegação de ter o réu contribuído para a prática do crime, não podendo ser considerado apenas o motorista do ônibus, pois já foi tratada a matéria nos itens '5.1.' a '5.4.'.

6. Conclusão

O réu, na condição de motorista do ônibus que transportava passageiros para compras no Paraguai, tinha obrigação de, no mínimo, identificar as bagagens. Não o fazendo, anuiu com o descaminho praticado, devendo ser responsabilizado criminalmente.

Assim, comprovadas a autoria, a materialidade e o dolo, e sendo o fato típico, antijurídico e culpável, e considerando, ainda, a inexistência de

causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, resta evidenciada a prática do delito do art. 334, 'caput' do Código Penal.

7. Dosimetria da pena corporal

7.1. Adotou a legislação pátria o critério trifásico para fixação da pena, a teor do disposto no art. 68, do Código Penal. Para estabelecer a pena base, deve o julgador fundar-se na culpabilidade do agente (decomposta no art. 59 do Código Penal nas circunstâncias do crime) e em critérios de prevenção, de modo que a pena seja *'necessária e suficiente'*.

Não há fórmula matemática, nem critérios objetivos na dosimetria da pena, mas juízo técnico de valoração da conduta, dos fatos, das circunstâncias e da censura que recai sobre o comportamento do agente. Nesse sentido decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a discricionariedade judicial: *'A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.'* (HC 107.409/PE, 1.^a Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012)

É na reprovação que reside o juízo de censurabilidade incidente sobre a conduta o agente. E, por mais que se pretenda ser objetivo, é um juízo eminentemente subjetivo, motivo pelo qual apenas a adequada fundamentação do quantum pode deixar o réu livre do arbítrio judicial.

Discorrendo sobre o art. 59, do CP, ZAFFARONI e PIERANGELI, asseveram que *'essa fórmula é bastante complexa e exige uma ordenação sistemática de critérios e regras, porque não se trata de uma síntese ordenada, mas de elementos um tanto dispersos, e cuja ordem hierárquica se faz necessário determinar. Como critério geral, estimamos que a regra última é aquela que permite ordenar as demais: 'necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'. (...) que a fórmula legal quer dizer é que os elementos anteriores devem ser considerados para a determinação do grau de reprovação do injusto, que pode ser corrigido a menor por considerações preventivas, isto é, pelos elementos de juízos necessários para o grau de culpabilidade (reprovação), que dariam por resultado um máximo razoável, mais uma correção que poderá diminuir a medida indicada pela culpabilidade, sempre que não seja necessário empregar toda a sua magnitude para obter a prevenção. Se, de acordo com essa regra, entendemos que a medida da pena-base indica o grau de culpabilidade, e que as considerações preventivas permitem fixá-las abaixo desse máximo, isto nos permitirá estabelecer de modo compreensível os indicadores estabelecidos pelo art. 59. A culpabilidade abarcará tanto os motivos (é inquestionável que a motivação é problema da culpabilidade), como as circunstâncias e conseqüências do delito (que podem compor também o grau do injusto que, necessariamente, reflete-se no grau de culpabilidade). O*

comportamento da vítima pode aumentar ou diminuir o injusto, e, por reflexo, ou mesmo diretamente, a culpabilidade.. A personalidade do agente cumpre uma dupla função: com relação à culpabilidade, serve para indicar - como elemento indispensável - o âmbito de autodeterminação do agente. Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade de autor (ver ns. 351 e 352). A maior ou menor 'adequação' da conduta ao autor, ou 'correspondência' com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servir para baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente' (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. RT, p. 832/833).

Na lição de NIVALDO BRUNONI: *'Em suma, entendendo que o Direito Penal é o ramo do Direito que desvalora condutas, a pena quando da sua determinação tem a exclusiva função de retribuição da culpabilidade, pois ela, em essência, reflete uma reprovação. A pena deve ser justa, adequada e idônea, e isso somente a culpabilidade pode propiciar de forma satisfatória.'* E pouco adiante, arremata o mesmo autor: *'Portanto, a leitura compatível com a Constituição que deve fazer o interprete do art. 59 do Código Penal pátrio é a seguinte: a pena deve corresponder a magnitude da culpabilidade revelada no caso concreto, cuja aferição será realizada com base nas condições pessoais do autor e nas circunstâncias concomitantes, dentre as quais os motivos, as conseqüências e o comportamento da vítima'.* (in Princípio da culpabilidade. Curitiba: Juruá, 2008, p, 325).

Assim, o dolo (ou a culpa), que integra como elemento o tipo penal, também atua na culpabilidade como medida da pena, segundo sua intensidade.

Por fim, a culpabilidade, para além de irradiar conseqüências para o cálculo da pena, também norteia o seu regime de cumprimento, consoante a regra do parágrafo terceiro, do artigo 33, do Código Penal, segundo os critérios previstos no art. 59 do mesmo *codex*.

Tomando-se a culpabilidade como elemento principal da quantificação pena, servirá igualmente com fundamento primeiro para autorizar, ou desautorizar, o início do cumprimento em regime mais benéfico ao apenado. Ao seu lado deverá funcionar, como sempre, os critérios de prevenção para estabelecer a moldura mínima necessária para a reprimenda.

O preceito constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, aqui se faz presente, não apenas para o estabelecimento de uma sanção constitucionalmente permitida, mas, especialmente, para que a reprimenda criminal corresponda à conduta do autor.

Passo ao exame do caso concreto.

7.2. Primeira fase

Nesta fase cabe ao julgador analisar as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, a fim de fixar a pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. O art. 334 do Código penal, que trata do descaminho, prevê pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

No caso em exame, a culpabilidade, o motivo e as circunstâncias do crime praticado são normais à espécie, e o delito não acarretou maiores consequências, descabendo falar em comportamento da vítima tendo em vista a natureza do crime.

Não são considerados como antecedentes os processos sofridos pelo réu, pois não houve condenação transitada em julgado.

Por fim, embora tenha havido reiteração de conduta pelo réu, sua conduta social e personalidade não devem ser considerados na apuração das circunstâncias judiciais, por falta de embasamento técnico.

Assim, a pena-base adequada é fixada em **01 (um) ano de reclusão.**

7.3. Segunda fase

Ausentes as causas agravantes previstas no art. 61 do Código Penal, assim como as causas atenuantes previstas no art. 65 do citado Diploma Legal.

7.4. Terceira fase

Também ausentes as causas de aumento e de diminuição da pena.

7.5. Pena definitiva

Assim, a pena definitiva a ser aplicada ao réu será de 01 (um) ano de reclusão.

7.6. Regime inicial de cumprimento

O regime inicial de cumprimento será o aberto, na forma do art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal.

7.7. Da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos

Possível, no caso em análise, a substituição de pena prevista no art. 44, § 2º, do Código Penal, pois o réu preenche os requisitos dos incisos I a III do citado dispositivo legal.

A substituição da pena está assim prevista:

'Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

(...)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

(...)'

Desse modo, a pena privativa de liberdade de 01 (um) ano de reclusão imposta ao réu é substituída pela pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo de duração da pena corporal, a ser definida no Juízo da Execução Penal.

8. Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação criminal e condenar o réu pela prática da conduta tipificada no art. 334, *caput*, do Código Penal, à pena corporal de 01 (um) ano de reclusão, substituída na forma da fundamentação.

É o voto.

**Juiz Federal João Pedro Gebran Neto
Relator**

VOTO REVISÃO

Com a devida vênia, divirjo do encaminhamento proposto pelo Relator, ao condenar o réu pela prática do delito tipificado no artigo 334 do Código Penal.

Na hipótese, a denúncia aviada contra o ora apelado tem o seguinte teor (evento 01, 'INIC1', fls. 08-10, do processo originário):

'Consta nos autos que, no dia 24 de setembro de 2006, por volta das 23:00h, no Posto Fiscal Bom Jesus, situado na BR-277, em Medianeira/PR, servidores públicos federais abordaram o veículo tipo ônibus, Marca Scania, modelo K113CL, de placas BDT-6768, conduzido pelo ora denunciado AMAURI LUCAS DE ALMEIDA.

Ato contínuo, ao efetuarem fiscalização de rotina, encontraram grande quantidade de mercadorias de origem estrangeira, desacompanhadas de documentação comprobatória de importação regular, as quais foram apreendidas conforme termo de retenção e lacração de veículos de fl. 20.

Ao longo da investigação policial, logrou-se apurar que o acusado fazia desta atividade o seu modus vivendi, dirigindo, segundo ele, semanalmente, ônibus de excursões destinadas exclusivamente a realizar compras no Paraguai com burla aos tributos devidos (declarações de fls. 77/78).

Ainda de acordo com as declarações do suposto proprietário do veículo, Francisco das Chagas Souza de Azevedo (fls. 71/72), ele teria entregado a posse do ônibus em questão ao denunciado, cujo apelido é 'Dentinho', e outra pessoa de nome Houstom, conhecido como 'Tom', efetuando, para tanto, um contrato verbal. Anota-se que o acusado reconheceu ser conhecido como 'Dentinho' em sede policial (declarações de fls. 77/78).

Assim, verifica-se que o acusado não era apenas um motorista eventual deste veículo, possuindo também parte de sua posse. Salienta-se ser prática rotineira de pessoas envolvidas com contrabando/descaminho possuir veículos nesta situação irregular visando confundir as Autoridades acerca de suas atividades criminosas e dificultar, conseqüentemente, eventual punição estatal, tanto no âmbito penal quanto fiscal.

Destarte, a materialidade e indícios de autoria do delito de descaminho encontram-se devidamente demonstrados por meio dos seguintes elementos: representação fiscal para fins penais (fls. 04/07); auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal (fl. 08); termo de discriminação das mercadorias (fls. 10/19); termo de retenção e lacração de veículos (fl. 20), lavrado em nome do acusado; demonstrativo dos créditos tributários evadidos (fls. 58/59), que revela o montante de tributos iludidos no valor de R\$ 67.161,82 (sessenta e sete mil, cento e sessenta e um reais e oitenta e dois centavos); declarações (fls. 71/79).

Ante o exposto, verifica-se que AMAURI LUCAS DE ALMEIDA, de forma livre e consciente, na condição de coautor, contribuiu com a introdução de grande quantidade de mercadorias estrangeiras no País sem o pagamento dos tributos devidos.

Assim agindo, AMAURI LUCAS DE ALMEIDA incorreu nas sanções do artigo 334, caput, c/c artigo 29, todos do Código Penal, pelo que se requer, após a autuação e recebimento desta inicial, seja ele citado para responder ao devido processo penal, até final julgamento.'

Denota-se, inicialmente, que, em nenhum momento, atribuiu-se ao denunciado a condição de proprietário ou responsável pelas mercadorias, constando apenas como condutor do veículo que aquelas eram transportadas.

Entendeu o Relator que, 'no mínimo, o acusado teria agido com dolo eventual, assumindo o risco de produção do resultado delitivo, já que havia

diversos indicativos de que estaria transportando produtos ilegais e ainda assim optou por persistir no curso da atividade delitiva e por não aprofundar seu conhecimento sobre o que estaria transportando e se a quantidade não extrapolava a cota permitida.'

Entretanto, em vista das provas constantes nos autos, o apelado enquadrar-se-ia na condição de partícipe, uma vez que colaborou com a execução do delito, ao transportar bagagens sem a devida identificação. Todavia, os passageiros do ônibus, proprietários de tais bagagens não foram identificados pelos órgãos de persecução criminal.

Nesse sentido, cabe pontuar que o acusado foi denunciado sem qualquer menção aos proprietários das mercadorias apreendidas, isto é, os autores do fato criminoso e tampouco consta notícia acerca do ajuizamento de ação penal em face destes. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, '*para que seja o partícipe punido, impera, no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos*' (in Código Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 312).

O delito em questão encontra-se assim previsto no Código Penal:

'Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

(...)

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

(...)'

Na linha do exposto, para a configuração do tipo penal em tela e responsabilização do motorista do ônibus que teria agido como partícipe, mostrar-se-ia indispensável a comprovação de que os autores do delito teriam introduzido mercadorias no País sem a respectiva documentação de regular importação, o que, *in casu*, somente seria viável mediante a identificação dos respectivos proprietários e/ou dos organizadores da viagem.

Sobre o tema, por esclarecedor, colho trecho do voto proferido pelo Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz na Apelação Criminal 5003572-50.2012.404.7002, julgada pela Turma em 19-6-2013:

'Com efeito, cumpre observar que autor é quem domina finalmente a realização do fato, isto é, decide, em linhas gerais o 'se' e 'como' de sua realização. Esse conceito, apesar de vago, é o mais apto para delimitar quem é o autor e quem é o partícipe, porque, por mais difícil que seja, às vezes, precisar em cada caso quem domina realmente o acontecimento delitivo, é evidente que só quem tenha a última palavra e decida se o delito deve ser ou não praticado deve ser considerado autor (CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: SAE, 1988, p. 196-200). Assim, para haver coautoria, conforme Muñoz Conde, é decisivo que o domínio do fato pertença a várias pessoas, que, em virtude do princípio da divisão funcional de trabalho, assumam por igual a responsabilidade de sua realização. As distintas contribuições devem ser consideradas, portanto, como um todo, e o resultado total deve ser atribuído a cada co-autor, independentemente da valoração material de sua intervenção. Salienta, outrossim, que não basta um acordo prévio para a sua caracterização, sendo necessário, além disso, que se contribua de algum modo na realização do delito (não necessariamente em sua execução), de tal forma que essa contribuição possa ser desconsiderada como uma parte importante de todo o fato delitivo.

Já a participação, segundo o catedrático espanhol, é a cooperação dolosa em um delito doloso alheio. Dessa definição se depreende que a participação é um conceito referência, já que supõe a existência de um fato alheio (o do autor ou co-autores materiais), para cuja realização o partícipe contribui. Disso se deduz também que a participação não é um conceito autônomo, mas dependente do conceito de autor, e que só com base neste se pode viabilizar a conduta do partícipe. Assim sendo, o delito pelo qual podem ser processados os distintos intervenientes é o mesmo para todos (unidade do título de imputação), mas a responsabilidade do partícipe vem subordinada ao fato praticado pelo autor (acessoriedade da participação).

De outra banda, não se pode olvidar que quem participa não realiza fato próprio, mas contribui para fato que está sob domínio de outrem. (...) É óbvio que, ao contrário do autor e do co-autor, o partícipe intervém no fato alheio sem executar atos que se acomodem à figura típica, e sem ter, em suas mãos, o comando da ação criminosa (FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V. 1, p. 486).

Delineados tais conceitos, parece-me evidente que o recorrido seria partícipe, e não autor do descaminho/contrabando alheio. Ora, a conduta do réu, como visto, cingiu-se ao fornecimento do ônibus, não tendo qualquer ingerência sobre as listas de aquisições dos passageiros e, tampouco, sobre os atos concretos de compra. É, pois, na condição de partícipes que, eventualmente, haveria de ser responsabilizado criminalmente.

Ocorre, todavia, que, para a punição do partícipe, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da acessoriedade limitada, segundo a qual se desprende que a participação é um conceito de referência, já que supõe a existência de um fato alheio (o do autor ou co-autores materiais), a cuja realização o partícipe contribui. Daí que se deduz também que a participação não é um conceito autônomo, senão dependente do conceito de autor e que somente com base neste pode enjuizar-se a conduta do partícipe. Se não existe um fato pelo menos típico e antijurídico, cometido por alguém como autor, não se pode falar em participação (...), já que não há porque castigar alguém que se limita a participar num fato penalmente irrelevante ou ilícito para seu autor. (...) Então, se não ocorrer pelo menos o início de um fato típico e antijurídico, não podemos falar de participação. (CALLEGARI, André Luis. Imputação Objetiva. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.92). Na mesma senda, Guilherme de Souza Nucci, vaticina que, para que seja punido o partícipe, impera, no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, é preciso apurar que o autor praticou um fato típico

e antijurídico, pelo menos. Se faltar tipicidade ou ilicitude, não há cabimento em punir o partícipe. (in Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 249).

Não é necessário, contudo, que o autor direto do fato seja culpável. É suficiente que sua conduta seja ilícita. Efetivamente, a teoria da acessoriedade limitada exige que a conduta principal seja típica e antijurídica. Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal, de um lado, mas que também depende dessa até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja antijurídica, isto é, contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.123). A propósito, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 107.862/SP, a 2ª Turma do Excelso Pretório, assentou o seguinte, nos termos do voto do Relator, Ministro Francisco Rezek (DJU 07.03.1986, grifos no original):

Certo, ainda, que a participação é sempre acessória da conduta principal. ocorre que não mais vinga aquela teoria que informou até os idos de 1943, o direito alemão, segundo a qual o partícipe da ação típica e antijurídica, mas empreendida por agente inimputável, resultava imune a censura repressiva.

Prevalece hoje a teoria da acessoriedade limitada, onde se prescinde da culpabilidade do agente principal. Segundo Wessels, 'a instigação e a cumplicidade não pressupõe [mais] que o autor principal tenha atuado culpavelmente'. Explica o autor: 'o partícipe será punido, não porque envolva o autor principal 'em culpa e pena' (...) mas sim porque promove, através da produção do dolo para o fato ou através de outras ações de auxílio, um fato principal antijurídico' (Direito Penal - Parte Geral; Porto Alegre; S.A. Fabris Editor, 1976, pág. 125).

Esse entendimento é compartilhado por Welzel, que adverte: 'La razón de la pena de la participación no consiste en hacer recaer sobre el autor culpabilidad y pena, pues la punibilidad del partícipe no depende de que el autor actúe culpablemente. cada cooperador es 'punible según su culpabilidad , sin consideración a la culpabilidad de otros'.' (Derecho Penal Alemán - Parte General; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 161).

A adoção de tal teoria pelo Direito Penal pátrio não significa, em absoluto, uma exceção ao princípio da divisibilidade da ação penal pública. Permanece o órgão ministerial com a faculdade de, ante a inexistência de elementos para a acusação, deixar de incluir na denúncia todos os coautores ou partícipes do fato. Tem, entretanto, em hipóteses tais, o dever de demonstrar, pelo menos, a ocorrência efetiva do fato típico e antijurídico perpetrado por terceiro que teria contado com a participação daquele que se pretende denunciar.

Pois bem. Embora haja elementos que indiquem a prática de descaminho no referido ônibus cuja propriedade foi atribuída ao denunciado, inexistente qualquer demonstração da tipicidade da conduta dos passageiros, pois, além de não haver notícia de instauração da persecutio criminis in judicio quanto aos mesmos, não há individualização dos produtos em relação aos seus proprietários, o que obsta, inclusive, o exame da conduta principal à luz do princípio da insignificância.

Sendo assim, não restando demonstrada, pelo parquet, a prática de conduta típica por parte dos autores diretos (passageiros do ônibus - sacoleiros), resta impossibilitada a condenação de partícipes, conforme recente precedente deste Colegiado:

'PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA. DÚVIDA. [...] 3. Para a punição do partícipe, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da acessoriedade limitada, é dizer, afigura-se necessário que se apure que o autor praticou, no

mínimo, um fato típico e antijurídico, situação que não ficou demonstrada no caso em questão.' (ACR nº 0007720-39.2005.404.7002, de minha relatoria, unânime, D.E. 30-11-2011).

Saliente-se, ainda, que a jurisprudência das turmas criminais desta Corte vem rechaçando as sucessivas tentativas de responsabilização penal objetiva em sede de descaminho:

'PENAL. ARTIGO 334, §1º, ALÍENA 'D' C/C §2º DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO/DESCAMINHO. MOTORISTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

A condição de motorista e proprietário do veículo, micro-ônibus, utilizado para conduzir passageiros em viagem de compras, por si só, não é prova de que tenham recebido, de maneira livre e consciente, mercadorias de procedência estrangeira desacompanhadas de documentação legal de importação, incorrendo na conduta descrita no artigo 334, § 1º, 'd', do Código Penal. É necessário que os elementos dos autos demonstrem que houve participação ou colaboração em relação à prática criminosa, ou, ao menos, a tentativa de acobertar o descaminho praticado por terceiros (passageiros).'

(ACR nº 5010780-85.2012.404.7002, 8ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado GILSON LUIZ INÁCIO, unânime, j. 15-05-2013).

'PENAL E PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. MOTORISTA E PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. PRECEDENTES. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. MANUTENÇÃO.

1. Inexiste presunção de que o proprietário ou motorista de ônibus sejam os titulares de produtos irregulares, especialmente havendo passageiros não identificados no veículo.

2. Não há nos autos indícios de participação dos denunciados na infração penal, sendo insuficiente para caracterizar autoria do delito a mera condição de motorista ou proprietário do ônibus, considerando que o veículo é utilizado para o transporte de passageiros e no momento da apreensão havia passageiros a bordo.

3. Rejeição da denúncia mantida.'

(RSE nº 5002274-82.2010.404.7005, 7ª Turma, Relatora Juíza Federal Convocada SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, unânime, j. 05-02-2013).'

Dessa forma, não tendo sido identificados os potenciais 'autores' do delito, ressalto que, conquanto não se desconheça a obrigação do motorista de identificar os responsáveis pelas mercadorias transportadas, o descumprimento desse dever de agir poderia acarretar responsabilidade administrativa e civil; por outro lado, a responsabilidade criminal não prescinde da prova no sentido de que tal omissão, é dizer, aquela atinente à não-identificação dos passageiros tinha por objetivo a colaboração com o contrabando/descaminho. Em outras palavras, o único fundamento de eventual desrespeito à norma administrativa de transporte não serve à configuração da conduta objetiva e tampouco do elemento anímico concernentes ao delito do artigo 334 do Código Penal, tendo em conta que não se tem uma omissão penalmente relevante, consoante determina o artigo 13, §2º, do mesmo diploma.

Nesses termos, é de ser mantida a sentença absolutória.

Ante o exposto, pedindo vênias à Relatoria, voto no sentido de **negar provimento** à apelação.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
Revisor

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Revisor**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6360401v7** e, se solicitado, do código CRC **E36A4693**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Victor Luiz dos Santos Laus

Data e Hora: 16/12/2013 19:32

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 04/12/2013
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5007232-52.2012.404.7002/PR
ORIGEM: PR 50072325220124047002

RELATOR : Juiz Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
PRESIDENTE : Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus
PROCURADOR : Manoel do Socorro Tavares Pastana
REVISOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : AMAURI LUCAS DE ALMEIDA
PROCURADOR : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO (DPU) DPU074

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 04/12/2013, na seqüência 65, disponibilizada no DE de 25/11/2013, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a DEFENSORIA PÚBLICA.

Certifico que o(a) 8ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR MAIORIA, DECIDIU DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO CRIMINAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O DESEMBARGADOR FEDERAL VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS.

RELATOR : Juiz Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

ACÓRDÃO

VOTANTE(S) : Juiz Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
: Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
: Juiz Federal LEANDRO PAULSEN

Lisélia Perrot Czarnobay
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Lisélia Perrot Czarnobay, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6370227v1** e, se solicitado, do código CRC **A937EC4C**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Lisélia Perrot Czarnobay

Data e Hora: 05/12/2013 13:25